

“EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN, CONVENIO DE AARHUS Y LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: COMENTARIO DE LOS AUTOS DE 4 DE ENERO Y 9 DE MARZO DE 2017 DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS (REC. 276/2015)”

Autor: Jaime Doreste Hernández, Abogado ambientalista. Magerit Abogados

Fuente: N° Procedimiento: 0000276/2015, [Auto TSJ Canarias 4-01-2017](#) y [Auto TSJ Canarias 9-03-2017](#)

Temas Clave: Medio Ambiente; Transporte de Energía Eléctrica; Paralización Cautelar; Principio de Precaución; Convenio de Aarhus; Acceso a la Justicia

En no pocas ocasiones, en el ‘pleito ambiental’ se torna decisivo, no tanto el resultado estimatorio o desestimatorio de la Sentencia que venga a poner fin al mismo, sino obtener –con carácter anticipado a ésta- una medida cautelar suspensiva que conjure el riesgo de que se produzca y consolide un daño ambiental por la fuerza de los hechos, por la avasalladora inercia de la obra pública (o privada).

De este modo, es en esta ‘arena’ procesal e incidental de combate (incluso el maestro Eduardo García de Enterría le dedicó la interesante publicación “La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español”, Ed. Civitas 2006) donde se va a dirimir la efectiva protección de los valores ambientales en juego.

En los Autos que comentamos, la Sala de lo Contencioso del TSJ de Canarias resuelve la solicitud de suspensión cautelar de la Autorización Administrativa, la Aprobación del Proyecto de Ejecución y la Declaración en concreto de Utilidad Pública de la instalación eléctrica de AT denominada Línea de Transporte a 132 kV doble circuito SE Puerto del Rosario-SE Gran Tarajal (exp. AT 12/016) y la Nueva Subestación 132/66 kV Gran Tarajal (exp. AT 12/015), planteada por el Cabildo de Fuerteventura a la vista del inicio de la ejecución de las obras de instalación de dicha Línea de Alta Tensión y el alto impacto paisajístico de la misma. Subyace además una importante cuestión de

estrategia territorial y es que esa LAT se aparta y vulnera las previsiones del planeamiento territorial insular al respecto¹.

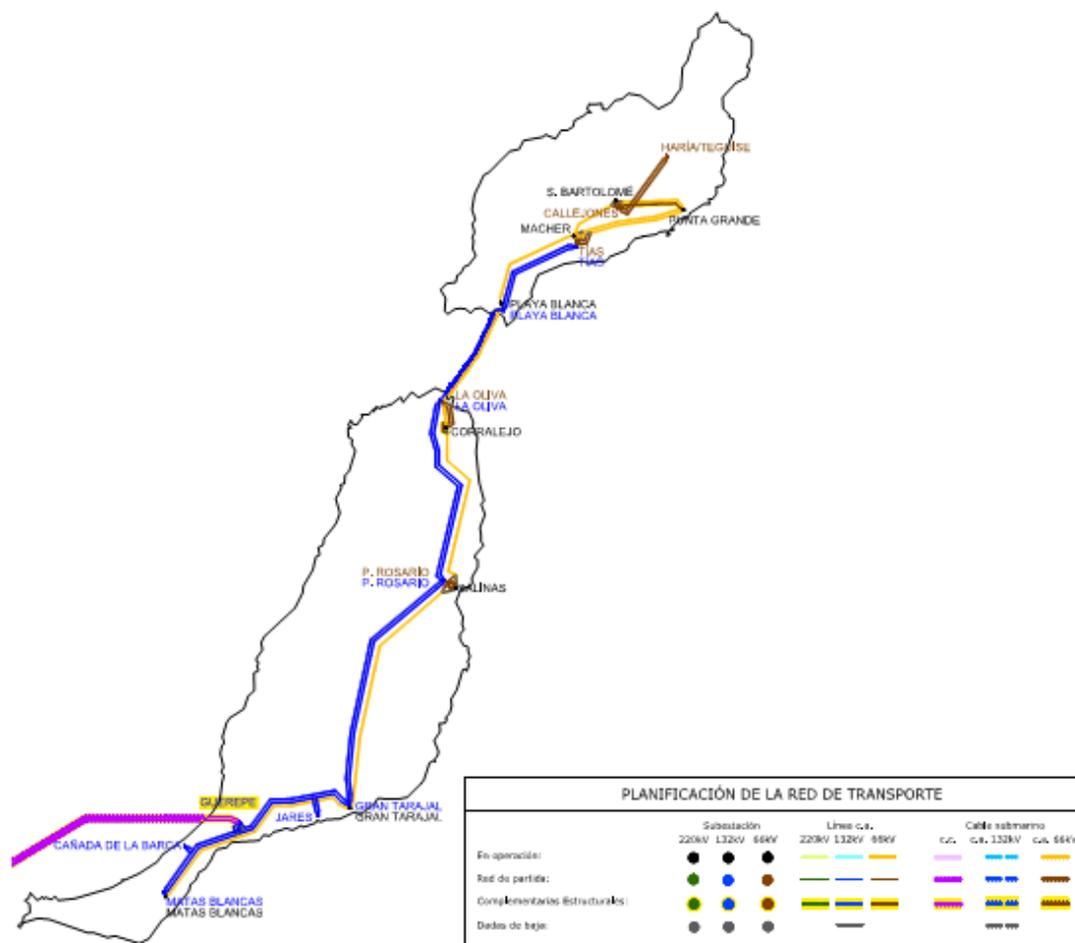


Figura 1: Croquis del proyecto de Refuerzo de la red de Lanzarote-Fuerteventura en 132 kV

Fuente: Ficha del documento de PLANIFICACIÓN DE LA RED DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA 2015-2020 correspondiente a la Actuación TIC-10: Refuerzo de la red de Lanzarote-Fuerteventura en 132 kV.

Suspensión que ha sido acordada por la Sala en virtud del interesante Auto de 4 de enero y posteriormente ratificado en reposición por el de 9 de marzo de 2017² y cuya singularidad o interés del Auto que comentamos radica

¹ El Plan Insular de Ordenación del Territorio de Fuerteventura, en vigor desde agosto del año 2001, establece que el corredor de la línea de transporte de electricidad debe discurrir en paralelo al existente eje Norte-Sur, del que se ha apartado el proyecto aprobado a REE.

² Los Servicios Jurídicos del Cabildo informan de que REE ha interpuesto recurso de casación contra estos Autos.

precisamente en la invocación del principio de precaución como criterio fundamental para inclinar la ponderación de intereses públicos concurrentes a favor de la solicitud de suspensión cautelar de la ejecución de las obras de construcción e instalación de la Línea de Transporte a 132 kV entre Puerto del Rosario y Gran Tarajal.

Y así, el primero de los citados Autos señala que:

“(...) podemos sintetizar las posiciones dialécticamente enfrentadas en la contraposición que existe en el indudable interés público que representa la implantación y mejora del suministro eléctrico para la isla de Fuerteventura—en este caso referido al transporte de energía eléctrica—que se afronta con las obras de cuya suspensión se trata y la defensa del medio ambiente y su posible afeción por tales obras.

Por ello, a los criterios generales que hemos recogido en el anterior fundamento, debemos también hacer referencia necesaria al denominado “principio de precaución”. Al respecto, como indica la STS de 22 de junio de 2005 (Sección 5, Ponente Sr. Peces Morate), con cita de la STS de 16 de diciembre de 1989 la interpretación de las normas aplicables debe partir del mandato constitucional de protección de la naturaleza, recogido en el art. 45 de la CE, de manera que, en caso de duda, los órganos competentes han de inclinarse por negar la autorización para cualquier actividad que pueda dañar o menoscabar el deseable equilibrio natural.

Este mismo sentido, debe subrayarse que el principio de precaución también tiene proyección desde la dimensión comunitaria, y así la STS de 19 de abril del 2006 (Recurso: 503/2001; Ponente Sr. Campos Sánchez-Bordona) indica que el “principio de precaución” o de “cautela” como expresión positivizada en un documento jurídico del mayor rango, aparece en el artículo 174.2 del Tratado CE, a tenor del cual “la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva (...). Se ha subrayado, con acierto, que el principio de precaución entendido como inspirador de las políticas públicas en sectores sensibles para la salud humana no encierra, en sí mismo considerado, gran novedad, antes al contrario viene presidiendo la actuación de los poderes públicos tanto en el plano legislativo como en el ejecutivo. La legislación relativa a aquellos sectores siempre ha tendido en todas las épocas, de una manera u otra, a regular de modo prudente los fenómenos que por sus implicaciones tecnológicas o por la utilización de recursos naturales peligrosos están sujetos a riesgos. Y este mismo designio ha inspirado sin duda la actividad administrativa clásicamente denominada de “policía” mediante la cual, y a través de los instrumentos usuales (licencias, autorizaciones, inspecciones y sanciones) las decisiones administrativas correspondientes han exigido el cumplimiento de las cautelas exigidas por el

ordenamiento sectorial. (...) Aunque no es fácil, como ya hemos dicho, separar en la práctica los rasgos del principio de precaución para distinguirlo de otros cercanos a él (como pudieran ser los de protección o de "acción preventiva"), puede admitirse que aquél tiene su ámbito propio de aplicación cuando se han detectado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, de un producto o de un proceso respecto de los cuales la evaluación científica de sus riesgos no ha llegado a obtener conclusiones dotadas de certeza....".

Pues bien, entendemos que en este caso la actuación administrativa no se ajustó a los parámetros que conforman el principio de cautela, el cual, tal como se ha indicado, constituye un mandato de actuación a los poderes públicos en orden a la adopción de las medidas de protección necesarias, inclusive en aquellos supuestos en que ni siquiera exista plena certeza científica acerca de los efectos perjudiciales de un determinado fenómeno en el medio ambiente o la salud de las personas (entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de mayo de 1998, Reino Unido/Comisión, c-180/96) y a cuya luz debe interpretarse la normativa ambiental (en este sentido, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, c-127/02 en relación con la Directiva hábitats).

En definitiva este principio de precaución tiene su fundamento en la irreparabilidad de los daños al medio ambiente.

Por aplicación de tal doctrina debemos dar preferencia a los posibles perjuicios que se puedan seguir para el medio ambiente y por ello acordar la suspensión solicitada por el Cabildo demandante".

Es sabido que el principio de precaución está consagrado como uno de los fundamentos de la política comunitaria en materia de medio ambiente en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a fin de "garantizar un elevado nivel de protección del medio ambiente mediante tomas de decisión preventivas en caso de riesgo" y proclamado por la Declaración de Río (Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada en 1992 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo) en el Principio 15º como principio esencial y básico del Derecho Ambiental; su aplicación exige que en caso de amenaza para el medio ambiente o la salud y aún en una situación de incertidumbre científica se tomen las medidas apropiadas para prevenir el daño.

"Más vale prevenir que curar" se erige así como una máxima en la gestión de los valores y cuestiones ambientales, configurando de este modo el derecho ambiental como un derecho de precaución, pues a posteriori puede no resultar posible o eficaz la aplicación de "tiritas", léase medidas correctoras o compensatorias.

La consagración de un derecho que haga frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan ("prevención"), hasta llegar a un derecho que prevea y evite amenazas de daños desconocidos o inciertos ("precaución"), implica dos consecuencias importantes: en primer lugar, no es necesario demostrar la certeza del daño medioambiental como condición previa para tomar medidas cautelares de protección ((SSTJCE asunto Marismas de Santoña (C-355/90), de 2- 8-1993, y asunto Armand Mondiet (C-405/92), de 24-11-1993. Y, en segundo lugar, puede implicar en algunos casos una inversión de la carga de la prueba para hacerla recaer en quien pretende demostrar que su actividad resulta segura.

Por último y en el mismo sentido, conviene recordar que la doctrina constitucional, expresada entre otros muchos en sus Autos 355/2007, de 24 de julio, 252/2001, de 18 de septiembre o 287/1999, de 30 de noviembre en relación con la decisión a adoptar en los incidentes de levantamiento o mantenimiento de la suspensión previamente acordada, cuando entre los intereses públicos y privados concernidos se encuentran los específicamente medioambientales ha señalado que

“no cabe derivar de la Constitución la tesis de que toda medida de ordenación legal de los recursos naturales deba atender prioritariamente al criterio de evitar cualquier sacrificio no imprescindible de los derechos e intereses patrimoniales de carácter individual y concluye pronunciándose de forma jurídicamente generalizada a favor de la primacía de la protección de los recursos biológicos naturales, dada su fragilidad y la irreparabilidad de los perjuicios que se podrían producir en caso de perturbación de los mismos.”

Admitiendo eso sí, y “como excepción a esta doctrina” en los AATC , “*la subordinación de los intereses conservacionistas a otros intereses públicos o privados de carácter patrimonial cuando la lesión de éstos suponga afectar a un sector económico de manera directa e inmediata..., fundamental para la economía de la Nación... con posibles perjuicios económicos de muy difícil reparación, o bien cuando la aplicación de las medidas controvertidas fueran susceptibles de provocar gravísimos efectos perjudiciales*” (ATC 29/1990, 287/1999 o 355/2007).

En definitiva, el daño ambiental, especialmente si es grave, irreparable o si es evitable por existir alternativas menos gravosas, debe ser evitado; y es en el incidente de medidas cautelares donde ese principio de prevención tiene su reflejo procesal (pese a que en la práctica forense no parece tener el reflejo o relevancia que debiera).

No podemos dejar de aprovechar la ocasión para hacer referencia a otro instrumento procesal singular y propio del pleito ambiental, especialmente en

lo que se refiere al incidente de medidas cautelares: el Convenio de Aarhus³.

El artículo 9 de este Tratado internacional recoge un conjunto de medidas relativas al “acceso a la justicia en materia de medio ambiente, y su apartado tercero dispone que:

“los procedimientos [administrativos o judiciales seguidos contra vulneraciones de los derechos reconocidos por el Convenio o “para impugnar las acciones u omisiones de particulares o de autoridades públicas que vulneren las disposiciones del derecho medioambiental nacional”] deberán ofrecer recursos suficientes y efectivos, en particular una orden de reparación, si procede, y deberán ser objetivos, equitativos y rápidos sin que su costo sea prohibitivo. Las decisiones adoptadas en virtud del presente artículo se pronunciarán o consignarán por escrito. Las decisiones de los tribunales y, en lo posible, las de otros órganos deberán ser accesibles al público”.

Ciertamente, podría parecer que ni este artículo ni ningún otro precepto del Convenio se refiere expresamente a “la adopción de medidas cautelares que venga a garantizar la efectividad del derecho de acceder a la justicia en materia ambiental”, como ha señalado Fe Sanchís⁴. Sin embargo, en la versión auténtica del Convenio en inglés ese término “orden de reparación” –que es absolutamente ajeno a la terminología jurídica española- figura como “injunctive relief”, y se refiere a medidas ejecutivas tanto de carácter suspensivo como reparador conducentes en todo caso a asegurar la efectividad de la sentencia. Luego el Convenio de Aarhus sí que exige que los procedimientos judiciales en los que se ventilen asuntos de índole o interés ambiental ofrezcan la posibilidad real y efectiva de obtener la suspensión cautelar, y al igual que el resto del proceso, de manera “objetiva, equitativa y rápida sin que su costo sea prohibitivo”.

No deja lugar a dudas al respecto la “Guía de implementación del Convenio de Aarhus”, elaborada por la propia Secretaría del Convenio, cuando señala que:

“El Convenio exige medidas ejecutivas y otros recursos que sean “adecuados y eficaces”.

Adecuación requiere esas medidas para compensar plenamente los daños pasados,

³ Así se conoce al Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente adoptado en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998 y en vigor para España desde el 29 de marzo de 2005.

⁴ Vid. Sanchis Moreno, F, ‘Guía sobre el Acceso a la Justicia Ambiental’, de la Asociación para la Justicia Ambiental y disponible en <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/Guia-Aarhus.pdf> (Pág. 17).

para prevenir futuros daños y puede requerirlos para acometer su restauración.

*El requisito de que los recursos deban ser un medio **eficaz** implica que éstos deberían ser capaces de aplicarse de manera eficaz.*

Las Partes deben tratar de eliminar todos los obstáculos posibles a la ejecución de mandamientos judiciales y otros remedios⁵”.

Resulta desolador que el expreso reconocimiento a la adopción de medidas cautelares en el pleito ambiental como medida específica de protección ambiental se haya perdido en la traducción, como Bill Murray en la afamada película que a punto estuvo de reportarle un Oscar.

Para terminar estas líneas, haremos referencia a las palabras del “ESTUDIO SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL EN CUMPLIMIENTO DE LA DECISIÓN IV/9(F) DE LA REUNIÓN DE LAS PARTES DEL CONVENIO DE AARHUS”⁶, que, acertadamente en mi opinión, señalara cómo:

“La justicia cautelar se configura como un elemento fundamental en la defensa del bien jurídico medio ambiente, que por su propia naturaleza requiere de unos procedimientos que sean rápidos y efectivos. Frente a un derecho tradicional fundamentalmente reactivo, que trata de paliar o compensar unos daños ya producidos, el nuevo derecho del medio ambiente debe valerse de herramientas que permitan hacer frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan (principio de prevención) o que prevean y eviten amenazas de daños desconocidos o inciertos (principio de precaución). El acceso a la justicia cautelar en asuntos de incidencia medioambiental encuentra su fundamento en estos principios”.

Y así, terminamos como empezamos, destacando la importancia fundamental de que en el pleito ambiental, por la propia naturaleza de los bienes tutelados en el mismo, se puedan instar, tramitar y obtener medidas cautelares en un plazo razonable de tiempo que evite la consolidación de un daño o

⁵ Traducción propia a partir del texto original, disponible en: <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/acig.pdf>, (f. 132).

La Segunda edición de dicha guía, disponible asimismo en https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/Publications/Aarhus_Implementation_Guide_interactive_eng.pdf se pronuncia en idénticos términos, (f.200)

⁶ Informe presentado por el Ministerio de Agricultura y Medio Ambiente a la Reunión de las Partes del Convenio de Aarhus a raíz de las dos resoluciones ‘condenatorias’ (Comunicaciones’, en la terminología de este Tratado Internacional) contra el Gobierno de España por el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del Convenio, en concreto las comunicaciones ACCC/C/2008/24 (Murcia) y ACCC/C/2009/36 (Almendralejo), y accesible en http://www.mapama.gob.es/es/ministerio/servicios/participacion-publica/Borrador_estudio_acceso_justicia_medioambiental_tcm7-303662.pdf

transformación ambiental irreparable o difícilmente restañable; a tal fin el ordenamiento ambiental nos ofrece dos institutos exclusivos y propios del mismo, cuales son la vigencia del principio de precaución y del Convenio de Aarhus, que esperamos ver cómo van impregnando la práctica forense a través de pronunciamientos como los comentados.